

LA PUBLICIDAD ÉTICA Y RESPONSABLE: APROXIMACIÓN AL FENÓMENO ESPAÑOL

ETHICS AND ACCOUNTABILITY IN ADVERTISING – AN APPROXIMATION BASED ON THE SPANISH PHENOMENON.

David López Jiménez*

Resumen:

Es conocido por todos la relevancia que la publicidad ha adquirido en nuestros días. Representa un motor significativo del mercado capitalista actual que se fundamenta en una producción y demanda de carácter masivo. Aunque el fenómeno publicitario está sometido a normas, que esencialmente buscan proteger al destinatario, las mismas parecen no ser suficientes. En este sentido, para ir más allá de la normativa, asegurando la vigencia de la ética y la responsabilidad, la propia industria ha aprobado reglas voluntarias de comportamiento. Un paradigma, a este respecto, viene constituido por la sugerente situación vigente en España.

Palabras clave: ética; marketing; negocios; publicidad; resultados.

Abstract

It is now common knowledge that advertising has acquired critical importance in our times. It is the driving force behind the capitalist market underpinned by mass production and demand. Even though commercials must conform to established norms basically aimed at consumer protection, it would seem that they do not always achieve their social end. The advertising industry has responded to this failure by introducing a voluntary code of practice which goes beyond mandatory controls and ensures the continuing relevance of ethics and responsibility. Current situation in Spain constitutes a thought-provoking paradigm in this regard.

Keywords: ethics, marketing, business, advertising, results

1. Introducción

La publicidad es un instrumento competitivo, de los más significativos de la sociedad contemporánea (Alpa, 1986; Mattelart, 1991), que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado (De la Cuesta Rute, 1985;

Fernández Novoa, 1989). Es un claro ejemplo de información asimétrica.

Tal actividad no solo es información (Munne Matamala, 1969; Acosta Estevez, 1990; Corredoira y Alfonso, 1994) –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo– sino que prima la persuasión (Pérez Tornero, 1992; Muñoz Machado, 1994; Qualter,

Artículo recibido: 12/01/2012 Aprobado: 18/05/2012

* PhD en Derecho. Grupo de investigación de excelencia GITICE, Universidad de Huelva, España. Email: dlopez3@us.es

1994; Savan, 1994; Rhodes, 1997; Haan, 2000; Simons, 2001; Roiz, 2002; Martín, 2004). A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad (Beater, 2000). La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión dependen de la expresión publicitaria concreta. En esta línea, cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa (Bassat, 2003).

Aunque los mensajes comerciales reúnan ambos factores –información y persuasión–, con preponderancia de la persuasión, lo cierto es que tal proceder resulta plenamente compatible con los valores que los sistemas de autorregulación propugnan: veracidad, legalidad, honestidad y lealtad. La mala publicidad –que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres– aunque represente una porción minúscula respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias.

Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad en general esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes sino complementarias, a saber: la regulación normativa –o heterorregulación– y la autorregulación –o disciplina de la propia industria–.

Para la existencia efectiva de la autodisciplina de la publicidad deben concurrir, con carácter necesario, ciertos presupuestos. Aunque podrán existir diversos elementos, hay dos de ellos que presentan carácter necesario que son, por un lado, el documento de referencia –que frecuentemente será un código de conducta– y, por otro, el organismo de control, encargado de aplicar el primero. La finalidad de la autorregulación será tratar de cubrir la distancia entre el mínimo regulador del Derecho y el máximo ético y deontológico exigible en el ámbi-

to de la publicidad. Y, por supuesto, haciéndolo no mediante la coacción, sino a través del compromiso libre y voluntario de los implicados.

Un sistema de autorregulación modélico, en la actualidad, es el ideado por Autocontrol, que es una asociación sin ánimo de lucro establecida en el Reino de España. Éste último, ha redactado diferentes documentos de buenas prácticas cuya verificación está en manos del Jurado de la Publicidad. Como veremos, tal órgano es un referente indiscutible en materia publicitaria cuyas resoluciones éticas son observadas incluso por los propios tribunales de Justicia españoles. Asimismo, cabe poner de manifiesto que, aunque lo más habitual es que el mismo, se pronuncie frente a empresas adheridas al sistema de autodisciplina en el que se integra, lo cierto es que, en la práctica, ha emitido, en virtud del derecho a la libertad de expresión, ciertos dictámenes no vinculantes sobre la corrección ética de la publicidad acometida por entidades no adheridas.

Finalmente, debe advertirse que la ética constituye una irrenunciable exigencia para que se pueda realizar una publicidad honesta que, dicho sea de paso, sea respetuosa de la dignidad humana. La publicidad no es, en modo alguno, una actividad neutra, dado que sus efectos, aunque conscientemente no lo pretendan, trascienden al individuo y a la comunidad a la que deben servir, bien de manera positiva o negativa, pero no de modo indiferente. Es esta potencialidad y trascendencia la que justifica la necesidad de insertarla en el mundo del Derecho y de la Ética. A todo ello contribuye, de manera elogiabile, el Jurado de la Publicidad.

2. Autorregulación vs. Heterorregulación de la publicidad: la integración de la ética en la publicidad comercial

Podemos definir la autorregulación publicitaria como un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria –tradicional y virtual– se haga de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competi-

dores, del mercado publicitario y de la sociedad en general (Ramos Fernández, 2003; Fernando Magarzo, 2008). Para ello, quienes se adhieren a un sistema de autorregulación se someten conscientemente a unas normas éticas cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano independiente de control. Estos son, precisamente, los dos presupuestos necesarios de todo sistema de autorregulación, a saber: el documento de referencia y el órgano de control, sin perjuicio de que, con carácter complementario, pueden concurrir otros elementos.

La autorregulación es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina. Los tres actores de la industria: los anunciantes (que abonan los gastos de publicidad), las agencias (a cargo de su forma y contenido) y los medios (que ejercen de vía o soporte) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta.

La autorregulación publicitaria transfronteriza representa una manifestación del progresivo desarrollo de una normativa extraestatal –diferente de la legislación estatal y de la normativa internacional (contenida, en gran medida, en los convenios internacionales)- significativa, no solo para la ordenación de las relaciones mercantiles, sino, además, para la tutela de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo (Callies, 2004; De Miguel Asensio, 2005).

Aunque la publicidad se encuentra sometida a la propia normativa legal, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente. De hecho, si bien la heterorregulación –normas legales- debería ser una ordenación de mínimos, lo cierto es que la misma no está siendo todo lo eficaz que debiera. En efecto, en cierta medida, como

consecuencia del control externo, existe una hiperregulación sobre la comunicación comercial debido a la pluralidad de legisladores¹, de enfoques², intereses³ y controles⁴.

Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos, lo más aconsejable es que tal normativa legal se vea completada –pero no sustituida- por el fenómeno de la autorregulación (Martín Llaguno, 2006; García Uceda, 2008). Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación (Petty, 1996).

Al hilo de cuanto planteamos, debe advertirse que la autorregulación de la publicidad no supone, en modo alguno, una fractura entre Estado y sociedad, ya que no implica la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los sujetos privados para aprovecharse de ello, permitiendo que los intereses públicos y privados confluyan (Darnaculleta i Gardella, 2009).

La redacción de los documentos en los que se incluyen las normas de conducta resulta posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad que sobre todo impera en el ámbito del Derecho privado español y, naturalmente, habrán de respetar la legislación tanto imperativa como semi-imperativa que, sobre el particular, existe. Teniendo en cuenta tales condiciones, consideramos que los códigos éticos deberán incluir las mejores prácticas publicitarias en el ámbito tradicional e interactivo que, dicho sea de paso, tanto la propia industria como los destinatarios precisan. Tales documentos serán los

- 1 Debe, en todo caso, ponerse de manifiesto el ingente entramado normativo que, tanto en España como en los países del entorno comunitario, afecta al sector de la publicidad. Por lo que se refiere a España, ha de indicarse que tal elenco de disposiciones se elaboran en diversos ámbitos. En este sentido, aunque la legislación y normativa reglamentaria españolas estatales son realmente numerosas, todavía lo son más, si cabe, las que tienen carácter autonómico.
- 2 Debe aludirse a la regulación del mensaje publicitario desde tres grandes perspectivas, a saber: la regulación general; la regulación por razón del medio y; la ordenación en función del producto.
- 3 Respecto a los objetivos perseguidos por las normas aprobadas en materia publicitaria, cabe determinar que los mismos son muy dispares. Así, por ejemplo, podemos mencionar la salvaguarda de la competencia económica, la protección de los consumidores, etc. En todo caso, en ocasiones, puede resultar complejo determinar el interés específico que una norma vinculada con la publicidad va a tutelar.
- 4 En el supuesto de que se difunda un anuncio eventualmente ilícito existe la posibilidad de que el mismo sea sancionado por vía administrativa, civil o penal.

que, precisamente, sirvan referencia al Jurado de la Publicidad en la resolución de las controversias de las que conozca. Como posteriormente veremos, tales reclamaciones podrán ser planteadas tanto frente a empresas adheridas como no adheridas al sistema de autodisciplina en el que el Jurado de la Publicidad se integra que no es sino Autocontrol.

En cuanto al contenido de las normas de conducta, cabe decir que va más allá de la mera compilación de la normativa legal española aplicable a la publicidad, pues incluyen consideraciones de índole ético. Aunque, en ciertas ocasiones, más en el ámbito que sometemos a examen, “deontología” y “ética” se empleen indistintamente, como términos sinónimos, en sentido estricto, no lo son. En efecto, deben distinguirse, pues la deontología (semánticamente ciencia de los deberes) es una parte de la ciencia ética que intenta aplicar las conclusiones de ésta —la ética en general— a las múltiples y complejas cuestiones de actuaciones profesionales que suscita por doquier el campo publicitario. A este respecto, ciertos autores (Gay, 1998; Melé Carné, 1998) subrayan que la publicidad, por su propia naturaleza, tiene que ver con la conducta, con el *ethos*, y, por tanto, es susceptible de consideración ética.

En este último sentido, una vez que se ha distinguido de términos relativamente afines, conviene efectuar un breve paréntesis y precisar qué se entiende por ética, para, posteriormente, aplicar tal concepto a la publicidad. La ética representa un conjunto de principios morales o valores que gobiernan la conducta de una persona, grupo u organización así como la convivencia en la sociedad. Ahora bien, como norma que juzga la conducta, no siempre coincide, de manera absoluta, en todos los supuestos, con las normas legales (Lamb, Hair y McDaniel, 1994). Las leyes, en todo caso, marcan el umbral de la actuación ética.

La ética alude a las personas y no a las instituciones, por lo que su planteamiento, en el espacio publicitario, suele realizarse, con cierta frecuencia, desde una perspectiva relativista que prima la voluntad de la persona (Frosyth, 1980; Ferrel y Gresham, 1985; Gómez Pérez, 1990; Lacznia y Murphy, 1993; Polo Barrera, 1996; Bassat, 1998). No debe obviarse que depende de múltiples aspectos

como, entre otros, de los principios morales que el individuo acepte, el momento histórico y el ámbito cultural en el que se plantee.

Representa, asimismo, un valor —la ética— que engendra confianza en las relaciones comerciales, por lo que, en consecuencia, las favorece (Illanes, 1994; Rodríguez Sedano y López de Pedro, 1998). Por ello, desde la perspectiva de la eficiencia del mercado, la actuación comercial de la empresa debe estar orientada al bien común, entendiendo por tal aquel que represente un desarrollo humano integral, no sólo económico (Melé, 1992). Aunque pueda ser una obviedad, para que estos comportamientos sean éticos deben serlo también los comportamientos generales de la sociedad.

Tras todo lo apuntado, podríamos definir la publicidad ética como aquella comunicación cuya recepción no vulnere el conjunto de valores sociales, culturales, religiosos y morales del grupo social que resulte afectado por el mensaje, dando lugar a una merma del bienestar común (Irakulis Arregui y Leñena Mendizabal, 2008). Aunque, en la práctica, lo más frecuente será que la publicidad ética coincida con la publicidad lícita, no será óbice para que el contenido de un mensaje comercial, calificado normativamente como lícito, vulnere el conjunto de valores sociales que comentamos, suscitando, de esta forma, cierto malestar. Es más, en la práctica, existen actuaciones vinculadas con la publicidad que pueden no estar reguladas por la ley que pueden reputarse no éticas.

En el caso concreto de la publicidad —tradicional y virtual—, la ética está adquiriendo un papel de gran relevancia —para todo tipo de empresas—, debido a que el entorno, cada vez más competitivo, ha llevado a las empresas a buscar en la publicidad un instrumento que les permita diferenciarse de sus competidores, así como incrementar sus ventas y la fidelidad de sus clientes. En este sentido, por decirlo sintéticamente, en la práctica, los aspectos éticos del contenido del mensaje publicitario podrían analizarse teniendo en cuenta tanto la veracidad, como el estilo y la forma adoptados en el mismo.

El esfuerzo comunicativo es cada vez mayor, si bien las críticas hacia esta actividad crecen como consecuencia de ciertos comportamientos y efec-

tos negativos. Éstos, dicho sea de paso, tratan de evitarse, con contrastada eficacia, en virtud del fenómeno de la autorregulación. En este último se enmarca el Jurado de Autocontrol.

3. El jurado de autocontrol como paradigma de buenas prácticas en el ámbito de la publicidad

3.1. Concepto y caracteres

Para comprender el significado de tan reputado órgano, deberemos incardinarlo en la asociación española en la que se integra que no es sino la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial –Autocontrol-. Aunque esta última se constituyó en España en 1995, lo cierto es que nació en 1977. La importancia Autocontrol, en la actualidad, es, qué duda cabe, muy elevada. En efecto, sus asociados –entre los que se encuentran numerosos y destacados anunciantes, agencias de publicidad y medios de comunicación- representan más del 75% de la inversión publicitaria en España. Asimismo, debe indicarse que, a tenor de los propios Estatutos de la asociación, el objeto de Autocontrol es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de los intereses profesionales. Dicha asociación creó el Jurado de la Publicidad, como dispone el art. 21 de los Estatutos de la misma, para la resolución extrajudicial de controversias y reclamaciones en materia de comunicación comercial.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad-, los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo.

Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 3 de abril de 2006-, como en el Reglamento del propio Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 10 de mayo de 2006.

El Jurado está formado, en virtud de los arts. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol y 3 del Reglamento del Jurado, por un presidente, seis vicepresidentes y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. Nótese el acento de imparcialidad que pretende ponerse de relieve y, en consecuencia, alcanzarse con el vocablo “indiscutible”. Es importante insistir en la necesidad de que ninguno de los miembros del Jurado puede tener relación de ningún tipo con las empresas adheridas. El art. 14 del Reglamento del Jurado establece, en este sentido, un completo régimen de causas de abstención y de recusación que impide la participación de los miembros del Jurado en los que concurren uno o varios de los motivos enumerados en aquél precepto. Resulta interesante señalar que, a pesar de que no existe indicación expresa sobre el particular ni en los Estatutos de Autocontrol ni en el propio Reglamento del Jurado, tanto el presidente como los seis vicepresidentes del Jurado son juristas, mientras que los vocales son expertos en publicidad.

El Jurado actúa en pleno o por secciones. El pleno es competente para aprobar los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Las secciones, que son cinco presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para: emitir dictámenes solicitados por la asociación; elaborar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la asociación; solventar las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; resolver las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones; y actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.

Ha de reseñarse que el Jurado únicamente enjuicia la publicidad comercial –quedando, en consecuencia, excluida la institucional, política y religiosa-. Debe, además, tratarse de publicidad emitida en España en los últimos doce meses, incluyendo la publicidad de carácter transfronterizo, así la que antes se haya difundido en otros países cuando existan indicios de su inminente emisión en España. Lo que, *a priori*, interesa al Jurado es el mensaje comercial en sí mismo, es decir, las limitaciones que afectan al mensaje publicitario, no las demás a las que, en su caso, esté sometida la publicidad.

Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, etc., al que se recurre cada vez en más ocasiones (Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, 2003). A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España por encima, incluso, de los tribunales de justicia.

Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define en el art. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes.

Las diferencias que existen entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad son muy significativas. Los dictámenes de Autocontrol se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo, Autocontrol, al realizar esa actividad dictaminadora, no hace ninguna operación de solución extrajudicial de conflictos. Por eso, el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado.

En cuanto a los textos que sirven de base a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, debe precisarse que no son estrictamente normas legales, ya que, de actuar en tal sentido, el Jurado podría estar invadiendo la función jurisdiccional que, de acuerdo con el art. 117 de la Constitución Española, sólo compete a los jueces y tribunales. La resolución de conflictos, en materia de publicitaria, se fundará en el código de buenas prácticas que, en su caso, corresponda. Las normas contenidas en dichos documentos deben reputarse como deontológicas o éticas, sin perjuicio de que contienen, además de la normativa aplicable, en ciertos supuestos, un plus de mejora de los derechos de los potenciales destinatarios –generalmente los consumidores y/o usuarios-.

Ahora bien, esta diferenciación en la práctica se diluye, ya que los instrumentos de autorregulación establecen la observancia de las normas jurídicas, como regla básica de comportamiento ético, lo que permite que el Jurado sancione el incumplimiento de la legalidad como un comportamiento contrario a la ética publicitaria.

La autoridad técnica y la imparcialidad demostrada por sus resoluciones, dictadas por juristas de reconocido prestigio y expertos de contrastada reputación en el sector, han generado una alta credibilidad y confianza, desde sus comienzos hasta la actualidad, tanto entre la industria publicitaria como ante la Administración Pública española y la sociedad en general. Cuando, tras haber sometido el asunto al Jurado de la Publicidad, las partes han acudido posteriormente a los Tribunales españoles de Justicia, los pronunciamientos judiciales han coincidido sustancialmente con el contenido de las resoluciones del Jurado previamente dictadas, pudiéndose, de este modo, observarse que del Jurado ha emanado una doctrina sólida con trascendencia en la Jurisdicción ordinaria española.

3.2. Pronunciación del Jurado de la Publicidad frente a empresas adheridas y, en su caso, terceros

Una vez que hemos esbozado, de forma somera, los caracteres del Jurado de Autocontrol, debe advertirse que la asunción de cualquier sistema de

autorregulación ha de ser, naturalmente, voluntario para los empresarios interesados en el mismo, no siendo, en absoluto, admisible que, de manera unilateral, la entidad promotora exija a un empresario no adherido el cumplimiento del código ético. Dicho en otros términos, cuando un empresario no se adhiere a un determinado sistema de autorregulación, y, con ello, al correspondiente código ético, la entidad promotora no podrá, pues no existirá fundamento para ello, demandar su cumplimiento. Repárese que los códigos éticos carecen de un elemento esencial inherente a las normas jurídicas, cual es que no resultan de aplicación general.

Lo habitual es que el sistema de autorregulación se pronuncie frente a las empresas que voluntariamente han manifestado, con carácter previo, su expreso deseo de integrarse en el mismo. De hecho, el número de resoluciones relativas a terceros, como es lógico, es notablemente menor que las que versan sobre empresas adheridas. Las resoluciones que el organismo de control –cual es el caso del Jurado de la Publicidad– dicte se fundamentarán en los códigos éticos sobre los que pivota el sistema de autodisciplina en materia de publicidad.

Cabe la posibilidad de que, en el caso de controversias planteadas a propósito de la publicidad, el Jurado se pronuncie sobre conflictos que tengan como destinatarios empresas no adheridas al sistema de autorregulación. Pese a la voluntariedad del sistema, que sólo puede vincular estatutariamente a las entidades asociadas, es, como hemos anticipado, innegable la fuerza moral de la que gozan los pronunciamientos del Jurado de la Publicidad en todo el sector, adheridos y no adheridos al sistema (Sánchez de León Pérez, 1996; Muñoz Saldaña, 2004).

Como a continuación veremos, si un tercero no asociado rechaza someterse al Jurado, éste no dictará resolución. No obstante, el reclamante podrá, aun así, solicitar del Jurado un dictamen no vinculante sobre la publicidad del tercero no asociado. Debe insistirse en que la valoración del modélico sistema extrajudicial de resolución de conflictos se plasmará en un documento, que tomará la forma de dictamen, que expresará su opinión deontológica, y que en absoluto será vinculante para las empresas no adheridas.

Teniendo en consideración que el código ético sobre el que el Jurado fundará su valoración íntegra, en su articulado, tanto la normativa vigente como numerosas consideraciones de carácter ético, el dictamen emitido, a modo de opinión, no se desvincularía de lo que los órganos judiciales españoles podrían estimar de aplicación al supuesto controvertido si fuese sometido a su enjuiciamiento. En cualquier caso, conviene insistir en que el dictamen es no vinculante para la empresa sobre cuya conducta se pronuncia el Jurado teniendo, en todo momento, aquélla la libertad para actuar siguiendo sus recomendaciones o no.

Tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de mayo de 2004, Autocontrol, con buen criterio, modificó el Reglamento del Jurado, de forma que, en la actualidad, si un tercero no asociado rechaza someterse al Jurado, éste no dictará resolución alguna. En tal sentencia, se valoraba la legalidad de la actuación del Jurado de la Publicidad consistente en dictar una resolución por la que se declaraba que un anunciante había infringido el código de conducta publicitaria. Dicho anunciante, en el momento de dictarse la resolución, no era asociado y, asimismo, se había opuesto, de forma expresa, a que el Jurado actuase. Tanto la sentencia que comentamos como la del Juzgado de Primera Instancia interpretaron que el Reglamento del Jurado sólo podía entenderse en el sentido de que los terceros habrán tenido que manifestar su sometimiento voluntario al procedimiento del Jurado. Dicha sumisión debía ser expresa sin que fuera admisible atribuir eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de una oferta realizada por Autocontrol relativa a que si no se manifestaba una voluntad contraria se entendía que se sometía a la actuación del Jurado. A pesar de que, en aquel momento, la alegación no prosperó, Autocontrol señaló que, aunque sus resoluciones no vinculaban a los no asociados, frente a los mismos tenían el valor de opinión cualificada, por lo que impedir su emisión suponía cercenar el derecho a la libertad de expresión de Autocontrol.

El reclamante, sin embargo, podrá solicitar del Jurado, como hemos visto, un dictamen no vinculante sobre la publicidad del tercero no asociado. Este dictamen no vinculante constituye una mera

opinión deontológica de expertos en la materia, sobre la cuestión que se les plantea, que no es difundida, en modo alguno, por la Asociación ni publicado en su revista o sitio *Web*. En concreto, el vigente art. 18.2 del Reglamento del Jurado señala que “en caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no asociado que en su escrito de contestación haya rechazado expresamente participar en el procedimiento ante el Jurado, la Sección correspondiente no emitirá resolución, pero podrá emitir, a resolución del interesado un Dictamen que exprese su opinión deontológica no vinculante acerca de la corrección de las comunicaciones comerciales realizadas por dicho tercero no asociado”.

Asimismo, debe recordarse que, de estimarlo necesario, el Jurado o los órganos directivos de la Asociación, podrá darse traslado de ese dictamen no vinculante a las autoridades, como prevé el art. 32 del Reglamento del Jurado, que dispone que “los Dictámenes no vinculantes emitidos por las Secciones o el Pleno del Jurado de la Publicidad de conformidad con lo establecido en este Reglamento, serán comunicados al solicitante y, cuando el Jurado o los órganos directivos de la Asociación lo estimen conveniente, a las autoridades administrativas o judiciales competentes”.

Tales pronunciamientos no serán, en absoluto, vinculantes para la empresa no comprometida con el código ético, pudiendo entenderse que son posibles en virtud del derecho fundamental a la libertad de expresión reconocido por el art. 20 de la Constitución Española –donde se protege una libertad ideológica que tiene tácitamente también por objeto la expresión y difusión de creencias y juicios de valor–.

Cierto sector doctrinal (De Miguel Asensio, 2005) dispone que los sistemas de autodisciplina podrían pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de normas éticas, por parte de entidades no adheridas, cuando aquéllos se desarrollasen en cooperación con las Administraciones Públicas españolas, siendo concebidos, por la propia normativa legal, como mecanismos de verificación de la legislación publicitaria.

Tales valoraciones, como hemos señalado, tienen el valor de meras opiniones efectuadas al amparo del derecho a la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución Española. No resultan, en absoluto, vinculantes para las empresas no adheridas al sistema de autorregulación, debiendo ser conceptualizadas como apreciaciones de situaciones controvertidas, en el ámbito de la publicidad, efectuadas por parte de un órgano de la más alta autoridad e independencia.

El supuesto que acabamos de examinar debe diferenciarse netamente de aquel otro en el que los actos que son objeto de valoración, por parte del Jurado de la Publicidad, versan sobre comportamientos de empresas que, cuando tuvieron lugar, formaban parte del sistema de autorregulación, en el que el citado órgano extrajudicial de resolución de controversias tiene legitimidad para actuar, pero que, con independencia del motivo, la empresa posteriormente haya estimado oportuno abandonar el sistema de autodisciplina. Nos encontramos, por consiguiente, ante un supuesto en el que la entidad estuvo adherida al sistema de autorregulación, realizando, durante tal período, un comportamiento vulnerador del código ético imperante, optando, en ejercicio de la libertad de la que goza, por abandonar el sistema de autocontrol.

Tal situación fue objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 de noviembre de 2006. Los laboratorios farmacéuticos *Ratiopharm* España S.A. presentaron una demanda contra Autocontrol y Farmaindustria por entender que el hecho de que el Jurado de la Publicidad hubiese continuado un procedimiento sancionatorio y hubiese dictado una resolución en su contra, cuando ellos ya habían comunicado, al inicio de la tramitación de la reclamación, su baja en Farmaindustria, constituía una infracción del derecho constitucional de asociación, en su vertiente de libertad negativa a abandonar la asociación. En consecuencia, solicitaban que los correspondientes procedimientos y resoluciones del Jurado fuesen declarados nulos. Con relación al fondo del asunto, tras examinar los expedientes tramitados por el Jurado de la Publicidad, el órgano judicial declaró que tales expedientes se referían a hechos pretéritos cometidos por la actora con anterioridad

a su abandono de la asociación, es decir, mientras la demandante permanecía como asociada a Farmaindustria y, por consiguiente, la baja de la actora no podía tener efectos retroactivos.

Por los motivos expuestos, la demanda fue rechazada con costas condenando a *Ratiopharm* a abonar la multa impuesta por el Jurado de la Publicidad en aplicación del código de conducta de Farmaindustria. De nuevo, a través de esta resolución judicial, se reconoce el carácter vinculante de los códigos éticos, para aquellos que voluntariamente se someten a los mismos, así como de los procedimientos en ellos establecidos, evitando que, a través de un sistema tan sencillo como solicitar la baja de la asociación a la que se encuentra adherida, una empresa pueda eludir el sometimiento al órgano extrajudicial de resolución de conflictos establecido por hechos acaecidos mientras todavía se encontraba voluntariamente sometido al mismo.

En definitiva, hemos tomado conciencia de la extraordinaria labor que, en la actualidad, desempeña, en materia publicitaria –tradicional e interactiva–, el Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Tal modélico órgano español de resolución de conflictos, acaecidos en el mencionado escenario, pretende reconocer la importancia de observar ciertos límites éticos en los mensajes comerciales difundidos en medios tradicionales y, cada vez en mayor medida, virtuales. Aunque sus resoluciones resultan, como hemos visto, de obligado cumplimiento para las empresas adheridas al sistema de autorregulación en el que el mismo se integra, también puede pronunciarse respecto a empresas no adheridas. Ahora bien, en este último supuesto, las resoluciones no serán vinculantes, ya que sólo merecerán el valor de opiniones deontológicas a cargo de un órgano de reconocida autoridad en la materia.

4. Referencias bibliográficas

Acosta Estevez, J. B. *Perfiles de la Ley General de Publicidad*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.

Alpa, G. *Diritto privato dei consumi*. Boloni: Il Mulino, 1986.

Bassat, L. “Dos claves éticas en publicidad: veracidad y respeto”. *Ética en dirección comercial y publicidad*, Melé Carné. Pamplona: Eunsa, 1998.

Bassat, L. *El libro rojo de la publicidad*. Barcelona: Debolsillo, 2003.

Beater, A. *Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

Callies, G.P. “Transnationales Verbrauchervertragsrecht”. *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 68, no. 2, (2004): 244-287.

Corredoira y Alfonso, L. *Derecho de la información (II). Los mensajes informativos*. Madrid: Colex, 1994.

Darnaculleta i Gardella, M.M. “La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación”. En *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. Madrid: Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 2009.

DE la Cuesta Rute, J.M. *Lecciones de Derecho de la Publicidad*. Madrid: publicaciones de la Universidad Complutense, 1985.

De Miguel Asensio, P.A. *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*. Madrid: Iustel, 2005.

Fernández Novoa, C. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”. En *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaje da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa)*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

Fernando Magarzo, R. (2008) “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”. *Estudios sobre Consumo*, no. 84 (2008): 71-83.

Ferrell, O.C. y Gresham, L. “A Contingency Framework for Understanding Ethical Decision

Making in Marketing." *Journal of Marketing* 49, no. 3 (1985): 87-96.

Forsyth, D.P. "A Taxonomy of Ethical Ideologies." *Journal of Personality and Social Psychology* 39 (1980): 175-184.

García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Madrid: Esic, 2008.

Gay, V. "Publicidad: la mejor pragmática es la ética". En *Ética en dirección comercial y publicidad*, Melé Carné. Pamplona: Eunsa, 1998.

Gómez Pérez, R. *Ética empresarial. Teoría y casos*. Madrid: Rialp, 1990.

Haan, S.C., "The persuasion route of the Law: advertising and legal persuasion." *Columbia Law Review* 100, no. 5 (2000): 1281-1326.

Illanes, J.L. "El mercado: ética y eficiencia." En *Ética, mercado y negocios*, Melé Carné D. Navarra: Eunsa, 1994.

Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

Irakulis Arregui, N. y Leñena Mendizabal, E. "Publicidad lícita y ética." *Cuadernos de Derecho y Comercio*, no.50 (2008): 71-128.

Laczniak, G.R. y Murphy, P.E. *Ethical marketing decisions; the higher road*. Boston: Prentice Hall, 1993.

Lamb, C.W. Hair, J.F. y McDaniel, C. *Principles of Marketing*. Ohio: South Western Publishing Co, 1994. (2da edición).

Martín Llaguno, M. *En torno a la deontología de la comunicación comercial*. Alicante: Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2006.

Martín, M. "Publicidad y valores. El valor de la publicidad". En *La comunicación publicitaria. Antecedentes y tendencias en la sociedad de la in-*

formación y el conocimiento, Eguizábal, R. Sevilla: Comunicación Social, 2004.

Mattelart, A. "La publicidad". Barcelona: Paidós, 1991.

Melé Carné, D. "Criterios éticos para la comunicación publicitaria." En *Ética en dirección comercial y publicidad*. Melé Carné, D. Pamplona: Eunsa, 1998.

Melé, D. "Orientaciones éticas para la empresa". En *Estudios sobre la Encíclica Centesimus Annus*, Fernández, F. Madrid: Unión Editorial, 1992.

Munne Matamala, F. "Hacia una publicidad social: análisis de los elementos informativo y persuasivo como integrantes de la acción publicitaria." *Publitecnia*, no. 14 (1969): 43-54.

Muñoz Machado, S. "Advertising in the Spanish Constitution." En *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A study in comparative constitutional law*, Skouris, W. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.

Muñoz Saldaña, M. "La autorregulación como espacio de libertad informativa: el paradigma de la comunicación comercial." En *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*. Valencia: Fundación Coso, 2004.

Pérez Tornero, J. M. "La seducción de la opulencia. Publicidad, moda y consumo". Barcelona: Paidós, 1992.

Petty, R.D. "The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries." *International Journal of Advertising* 15, no. 1 (1996): 33-47.

Polo Barrera, L. "La radicalidad de la persona." En *La persona humana y su crecimiento*. Pamplona: Eunsa, 1996.

Qualter, T. H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994.
Ramos Fernández, F. *La publicidad contamina-*

da: los consumidores ante la autorregulación publicitaria. Madrid: Universitas, 2003.

Rhodes, K. "Attitude Formation and Change." (1997). Disponible en : www.workingpsychology.com/evryinfl.html

Rodríguez Sedano, A. y López de Pedro, J.M. "El concepto de necesidad en la prestación de servicios." En *Ética en dirección comercial y publicidad*, Melé Carné, D. Pamplona: Eunsa, 1998.

Roiz, M. *La sociedad persuasora. Control cultural y comunicación de masas*. Barcelona: Paidós, 2002.

Sánchez de León Pérez, E. "El jurado de ética publicitaria, un ejemplo de autorregulación." En *La comunicación publicitaria. Libro de Actas de las Terceras Jornadas de Comunicación Social de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad de Vigo*. Pontevedra, 1996.

Savan, L. *The Sponsored Life: Ads, Tv, and American Culture*. Philadelphia: Temple University Press, 1994.

Simons, H. W. *Persuasion in Society*. London: SAGE Publications, 2001.